

ISSN 1982-0496

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y BUENA ADMINISTRACIÓN

MOTIVATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND GOOD ADMINISTRATION

Augusto Durán Martínez

Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho del Instituto Universitario CLAEH. Catedrático de Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay

Resumen

En 1978 publiqué una breve nota de jurisprudencia sobre la motivación del acto administrativo. Fue el primer trabajo doctrinario escrito en Uruguay en que se sostuvo y fundamentó el deber de la Administración de motivar sus decisiones como principio. Lo escribí con mi más profunda convicción, aunque con no poca preocupación porque al hacerlo me levanté contra la opinión dominante en nuestro medio representada por SAYAGUÉS LASO y CASSINELLI MUÑOZ, así como contra la, en ese entonces, jurisprudencia administrativa francesa, que tanto influyó en la construcción del derecho administrativo. Poco tiempo después REAL escribió un enjundioso estudio sobre el tema, en el mismo sentido que el mío, pero con mayor penetración, que me permitió asentar y precisar mis ideas.

Palvras-Chave: Democracia, Direitos Fundamentais, Processo Administrativo.

Abstract

In 1978 I published a short note of a case law about the motivation for the administrative act. It was the first doctrinary work written in Uruguay which held and based the duty of the administration to motivate its acts as a principle. I wrote it with my deepest conviction, though with no little concern that in doing so I got up against the dominant view in our área represented by SAYAGUÉS LASO and CASSINELLI MUÑOZ and against, at the time, the French administrative law, which strongly

influenced the construction of the administrative law. Shortly after REAL wrote one substantial study on the subject, in the same direction as mine, but with greater penetration, which allowed me to settle and clarify my ideas.

Keywords: Democracy, Fundamental Rights, Administrative Process.

INTRODUCCIÓN

En 1978 publiqué una breve nota de jurisprudencia sobre la motivación del acto administrativo.^{1,2} Fue el primer trabajo doctrinario escrito en Uruguay en que se sostuvo y fundamentó el deber de la Administración de motivar sus decisiones como principio.

Lo escribí con mi más profunda convicción, aunque con no poca preocupación porque al hacerlo me levanté contra la opinión dominante en nuestro medio representada por SAYAGUÉS LASO³ y CASSINELLI MUÑOZ⁴, así como contra la, en ese entonces, jurisprudencia administrativa francesa⁵, que tanto influyó en la construcción del derecho administrativo.

Poco tiempo después REAL⁶ escribió un enjundioso estudio sobre el tema, en el mismo sentido que el mío, pero con mayor penetración, que me permitió asentar y precisar mis ideas.⁷

1. CONCEPTO DE MOTIVACIÓN

En aquel viejo trabajo entendí por motivación “la expresión del motivo que

¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*. Acali Editorial. Montevideo, 1978, Nº 2, pp. 100 y ss. También publicada en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999, pp. 65 y ss. Advierto que las citas que efectuaré de ese trabajo corresponderán a esta segunda publicación.

² La sentencia comentada fue la Nº 167, de 21 de julio de 1978 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, recaída en los autos caratulados “BARBAROV, Olga R. con Estado. Ministerio de Relaciones Exteriores. Acción de Nulidad” (Nº 140/974), para la cual en cierto sentido colaboré, puesto que uno de los dictámenes tenidos en cuenta fue el de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que fue de mi autoría.

En dicha sentencia se expresó: “es irrelevante que se trate de actividad reglada o discrecional, por cuanto, en ambos órdenes de actuación, la administración debe explicitar y fundar el acto en los motivos determinantes.” Y más adelante: ... “la prescindencia de motivación que exhibe el acto impugnado en la especie, lo vicia irremisiblemente y conlleva a declarar la nulidad patrocinada.” Por último, sostiene la nulidad del acto por “transgredir el principio general de motivación de los actos administrativos.”

³ SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953, t. I, p. 461.

⁴ CASSINELLI MUÑOZ, H., La carga de expresar los motivos del acto administrativo impugnado, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*. Año 1969, t. 67, p. 237.

⁵ ODENT, R., *Contentieux Administratif*. Université de Paris-Institut d' Études Politiques. Les Cours de Droit. Paris, 1970-1971, fascicule V, pp. 1452 y ss.

⁶ REAL, A.R., “La fundamentación del acto administrativo”, en *La Justicia Uruguaya*, 1979-1980, t. 80, S.D., pp. 4 y ss.

⁷ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2003, vol. III, pp. 32 y ss.

fundamenta el acto.”⁸

REAL cuestionó el término motivación, derivado de motivo, y emplea el de fundamentación, para comprender “la expresión de los presupuestos de hecho y de derecho, de los fundamentos jurídicos y prácticos y de la finalidad perseguida por el acto.”⁹

Muy atinada me pareció la posición de REAL al sostener la necesidad de la expresión de la finalidad, además de la de los motivos. Es más, la doctrina posterior siguió en general esta orientación.¹⁰

También estimo correcta la objeción de REAL al término motivación pues, al ser un derivado de motivo, no incluye el fin. No obstante, considero que la misma objeción cabe al término fundamentación, derivado de fundamento, puesto que en general se define al motivo como “el fundamento de hecho o de derecho del acto administrativo.”¹¹

En definitiva, ambos términos, motivación y fundamentación presentan el mismo inconveniente ya que de su significación no se desprende que se incluya la referencia al fin. No obstante, ambos son empleados en doctrina, y, actualmente, pacíficamente se entiende que la motivación, o fundamentación, comprende no solo la expresión de los motivos, sino también de la finalidad.

Esa inclusión de la finalidad, además de los motivos, demuestra que la motivación, o fundamentación, según la terminología que se emplee, más que una explicación es una justificación.¹² Por eso ATIENZA dice que “los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas.”¹³

En el mismo sentido GASCÓN ABELLÁN expresó: “motivar una decisión es justificarla, no explicarla. La motivación es un tipo de justificación que se plasma en el documento de la sentencia.”¹⁴

Lo referido por Marina GASCÓN con relación a la sentencia cabe, por cierto, con relación al acto administrativo.

La motivación, pues, consiste en consignar las razones que permitan entender la decisión como correcta o aceptable.¹⁵

⁸ DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho ...*, p. 65.

⁹ REAL, A.R., “La fundamentación ...”, loc. cit., p. 4.

¹⁰ TAWIL, G.S./ MONTI, L.M., *La motivación del acto administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1998, p. 1; CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2006, octava edición actualizada, t. II, p. 202; FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento administrativo”, en VV.AA. *El nuevo procedimiento administrativo*. Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Montevideo, 1991, 5ª edición, p. 36; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos ...*, vol. III, p. 34.

¹¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho ...*, p. 65.

¹² ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. PALESTRA. Lima, 2006, pp. 31 y ss.

¹³ ATIENZA, M., *Las razones del Derecho ...*, p. 32.

¹⁴ GASCÓN ABELLÁN, M., *La interpretación constitucional*. Consejo Nacional de la Judicatura. Cooperación Española. San Salvador, 2004, p. 48.

¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, M., *La interpretación ...*, p. 46.

La posición que concibe la motivación como una justificación tiende a asentarse en doctrina.¹⁶

Por su parte, ALEXY, al estudiar la fundamentación de las decisiones jurídicas, evoca una afirmación de LARENZ y efectúa un comentario muy atinado.

Ese texto es el siguiente:

“ 'Ya nadie puede ... afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente.' Esta constatación de Karl Larenz señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológico-jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.”¹⁷

De este razonamiento se desprende inequívocamente que la fundamentación es una justificación.

En esa línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, Sentencia de 1º de julio de 2011, en el apartado 118, reiteró su jurisprudencia en el sentido de que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión.”¹⁸

La motivación es pues la justificación del acto administrativo efectuada con la expresión de los motivos determinantes y la finalidad perseguida, de manera que se pueda entender la decisión como correcta o aceptable.

2. REQUISITOS PARA UNA MOTIVACIÓN VÁLIDA

La motivación debe ser suficiente, congruente y exacta.¹⁹

¹⁶ TAWIL, G.S./ MONTI, L.M. *La motivación ...*, pp. 13 y ss.; CASSAGNE, J.C., *Derecho ...*, t. II, p. 203; RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. SYNTAGMA. IUSTEL. Madrid, 2012, p. 187.

¹⁷ ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, pp. 23 y ss.

¹⁸ RUOCCO, G., “El principio del debido proceso en vía administrativa”, en nota al pie N° 32, en prensa.

¹⁹ REAL, A.R., “La fundamentación ...”, loc cit., p. 11; FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento...”, loc. cit., pp. 36 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos ...*, vol. III, p. 36; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*. Montevideo, 2010, vol. VI, p. 333; DELPIAZZO, C.E., *Derecho Administrativo Uruguayo*. Editorial Porrúa. México-Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005, p. 162.

Es decir, la motivación, no solo debe existir sino que, además, deber reunir esos tres requisitos.

La motivación es suficiente cuando con su sola lectura se pueden advertir las razones determinantes del acto.

GASCÓN ABELLÁN, refiriéndose a la sentencia, pero perfectamente aplicable al acto administrativo, decía que la motivación debe ser explícita y completa.²⁰

Si es implícita o no expresa se defraudan las principales funciones de la motivación. Si no se expresan las razones que pretendidamente apoyan la decisión, difícilmente podrá decirse que el ejercicio del poder que la decisión presunta se somete a un control público democrático, y difícilmente podrá ejercerse sobre ellas un control jurídico posterior.²¹

Critica la motivación “parcial, escueta, sucinta, lacónica o poco intensa” porque supone admitir decisiones que están motivadas de una manera incompleta, por tanto, insuficiente.²²

De la misma manera rechaza la motivación por remisión. Sostiene que esta técnica puede propiciar que se asuman decisiones poco satisfactorias o poco racionales.²³

Tampoco CASSAGNE admite la motivación por reenvío, llamada también *in aliunde*, sosteniendo que al tratarse de un requisito de forma debe integrar el propio texto del acto.²⁴

Considero correcta en principio esta posición. La motivación debe figurar en el mismo acto. No obstante, estimo que no siempre el reenvío configura un vicio de nulidad. Entiendo que, en la especie, corresponde aplicar el principio de trascendencia recogido en el artículo 7 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991. De manera que si esa remisión se efectúa a un documento del expediente, concretamente individualizable y de cuya lectura se pueda extraer plenamente la justificación del acto, no hay vicio de nulidad.²⁵ En cambio, si el reenvío no es preciso, la motivación está viciada de nulidad. En general esto es lo que ocurre, porque en la mayoría de los casos la motivación por remisión no permite justificar adecuadamente el acto.

También CASSAGNE, con acierto, rechaza la motivación producida *ex post facto*. En tal sentido expresó: “Si la Administración pudiera motivar el acto *a posteriori* se desvirtuaría la exigencia y la consecuente garantía, además de la afectación en que se incurriría con relación al principio de eficacia.”²⁶

La motivación, además de suficiente, debe ser congruente. La motivación es congruente cuando existe coherencia entre la parte expositiva y la parte dispositiva del

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, M., *La interpretación ...*, p. 48.

²¹ GASCÓN ABELLÁN, M., *La interpretación ...*, p. 49.

²² GASCÓN ABELLÁN, M., *La interpretación ...*, p. 49.

²³ GASCÓN ABELLÁN, M., *La interpretación ...*, p. 49.

²⁴ CASSAGNE, J.C., *Derecho ...*, t. II, p. 203.

²⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*. Universidad Católica del Uruguay. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999, vol. I, pp. 111 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos ...*, vol. II, pp. 136 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos ...*, vol. III, p. 37.

²⁶ CASSAGNE, J.C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons. Buenos Aires, 2009, p. 205.

acto. Dicho en otros términos, cuando existe razonable adecuación entre los motivos y finalidad enunciados y el contenido del acto consignado en la parte dispositiva.

La congruencia es una exigencia de razonabilidad. El acto administrativo es una declaración de voluntad razonable, puesto que la voluntad presupone la inteligencia.

La motivación, además de suficiente y congruente, para ser legítima debe, además, ser exacta.

La motivación es exacta cuando son ciertas las circunstancias de hecho enunciadas, cuando las reglas de derecho invocadas son aplicables al caso y su interpretación es correcta y cuando la finalidad enunciada puede ser satisfecha con lo decidido.

Mientras que la suficiencia y la congruencia se aprecian con la sola lectura del acto, la exactitud exige “un salto del papel”, puesto que es preciso comparar lo dicho en el acto con la realidad.

Lo expuesto pone de manifiesto que la motivación hace a la forma del acto²⁷ pero, como bien admitió REAL, refleja su contenido.²⁸

En esta línea, TAWIL y MONTI efectúan una observación muy atinada cuando expresaron: “si bien coincidimos con aquellos autores que encuentran a la motivación estrechamente vinculada con el elemento forma del acto, no se puede desconocer la relación que la une cada día más con la propia esencia de la decisión administrativa. En efecto, no se trata tan solo de un simple requisito formal de los actos - *externa corporis* - sino de fondo, en cuanto hace a la perfección del acto más que a sus formas externas.”²⁹

Dicho de otro modo, el vicio en la motivación es un vicio de forma pero, a menudo, revela un vicio de fondo: a veces, un vicio en los motivos, otras veces un vicio en el fin o ambas cosas.

3. DERECHO POSITIVO Y JURISPRUDENCIA

Nuestro derecho positivo ha recogido plenamente los desarrollos doctrinarios precedentemente expuestos.

En efecto, el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, verdadero código de procedimiento administrativo, por su artículo 123 expresó:

“Todo acto administrativo deberá ser motivado, explicándose las razones de hecho y de derecho que lo fundamentan. No son admisibles fórmulas generales de fundamentación, sino que deberá hacerse una relación directa y concreta de los hechos del caso específico en resolución, exponiéndose además las razones que con referencia a él en particular justifican la decisión adoptada.”

²⁷ DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho* ..., p. 65; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos* ..., vol. III, p. 34; CASSAGNE, J.C., *Derecho* ..., t. II, p. 203.

²⁸ REAL, A.R., “La fundamentación ...”, loc cit., p. 11.

²⁹ TAWIL, G.S./ MONTI, L.M. *La motivación* ..., pp. 4 y ss.

Y en el artículo 124 se establece la estructura del acto administrativo. De allí destaco lo expresado con relación a los RESULTANDOS, “en los que deben exponer los hechos que constituyen los antecedentes del acto administrativo de que se trate” y a los CONSIDERANDOS, “en los que se desarrollan los fundamentos de derecho, las doctrinas aplicables, las razones de mérito y la finalidad perseguidos.”

Estos dos artículos del decreto N° 500/991, el 123 y el 124, recogen expresamente el principio del deber de motivar, conciben una motivación suficiente, congruente y exacta como condición de validez del acto y encaran la motivación como una justificación más que como una explicación, conforme a los desarrollos más actuales de la doctrina.

La jurisprudencia en general ha sido atinada en la materia. Basta con recordar la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 167, de 21 de julio de 1978 ya mencionada,³⁰ que motivó mi nota de jurisprudencia aludida al comienzo de este estudio y la de 6 de octubre de 2011 también del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, recaída en los autos: “Pombo Ogliaruso, Carlos Alberto con Administración Nacional de Usinas y Transmisiones Eléctricas. Acción de nulidad.” (Ficha N° 260/08).³¹

A tales efectos, vale la pena transcribir el siguiente fragmento del CONSIDERANDO IV:

“En efecto, el agravio planteado por el actor referido a la insuficiente, incongruente e inexacta motivación del acto, ha quedado acreditado. Respecto a la falta de coincidencia que existe entre ‘los supuestos motivos’ expresados en el acto y ‘los verdaderos fines’ perseguidos con su dictado, cabe señalar que ciertas conductas observadas por la Administración, cuestionan la veracidad de los motivos expresados por ésta. Así, a título de ejemplo se destaca que mientras el actor aún ocupaba el cargo de Gerente General, algunas funciones pertenecientes a dicho cargo, fueron asignadas a un Comité Operativo por Resolución N° 05-806 de fecha 8 de abril de 2005. No obstante, ni bien el accionante fue trasladado al cargo de Asesor Técnico, tales funciones fueron restituidas al cargo de Gerente General. Lo señalado anteriormente fue alegado por el actor en su demanda a fs. 3, y admitido por la demandada a fs. 21 v., limitándose ésta a manifestar que la resolución N° 05-806 fue tácitamente consentida por el actor.

Por otra parte, ha quedado también acreditado que si bien la Administración invoca como fundamento la necesidad de que la dirección de la Empresa cuente, en carácter directo y permanente con un asesor Técnico (Considerando VI), no se le ha asignado al actor ninguna función, ni se le solicitó ningún informe relativo a los asuntos en que se le cometió asesorar. La participación del actor como representante del Directorio de UTE en la Administración del Mercado Eléctrico (fs. 116), solo prueba que el actor no fue removido de su

³⁰ Publicada en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo* ..., pp. 65 y ss.

³¹ Publicada en LA LEY Uruguay. Año V, N° 2, febrero, 2012, pp. 218 y ss.

calidad de representante, pero no acredita que al actor se le haya dado ninguna tarea.

Las razones invocadas como fundamento del acto impugnado, no se considera motivación suficiente y válida, puesto que colide con principios básicos del Derecho Administrativo, conforme lo establecen los arts. 123 y 124 del Decreto 500/991 (Cfre. Sent. 201/08).

En este sentido, cabe citar lo manifestado en Sentencia N° 625/2009 de fecha 10 de noviembre de 2009: 'Si bien es dable admitir que la Administración tiene facultades discrecionales en la distribución de sus recursos humanos, a fin de cumplir con los cometidos que la Constitución y las leyes ponen de su cargo, esas facultades están sujetas a los límites que las reglas –cuando existen– y los principios generales de Derecho imponen en garantía de los derechos de los funcionarios. Entre éstos, principalmente, se encuentra el de que las decisiones que incidan en su situación funcional estén debidamente motivadas. Incluso cuando, como ocurre en el caso de autos, tales decisiones no impliquen menoscabo del estatuto escalafonario o la remuneración. Para que el ejercicio de aquellas potestades discrecionales pueda considerarse legítimo, se requiere que la voluntad del Estado así expresada sea presidida por una racional motivación. Que es precisamente lo que permite distinguirlo de la mera arbitrariedad. Enseña la doctrina que la motivación hace a la legalidad misma del acto administrativo permitiendo apreciar su mérito y racionalidad, tanto como posibilitar su ulterior control y fiscalización (Cfr. Fernández Vázquez 'Diccionario de Derecho Público' págs. 506 y 507). En igual sentido se pronuncian García de Enterría y Fernández cuando de manera puntual en referencia a los actos discrecionales, señalan que la motivación no es un simple requisito formal sino de fondo que hace a la perfección del acto, concluyendo que '...la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional, por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar plena razón del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión' (Curso de Derecho Administrativo. T. I Ed. Civitas 1997, pag. 557).

En definitiva, de la lectura de los antecedentes administrativos y de los dichos de los litigantes, es posible advertir que el acto impugnado tuvo como verdadera finalidad, desplazar al actor de las funciones de Gerente General, pese a no manifestarlo expresamente y a no existir ningún reproche a la actividad funcional cumplida por el accionante."³²

Lamentablemente la jurisprudencia no ha sido pareja. Por ejemplo en la sentencia N° 961 de 22 de noviembre de 2011, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en su CONSIDERANDO V,³³ estimó suficiente una motivación que no

³² LA LEY Uruguay. Año V, N° 2, febrero 2012, pp. 220 y ss.

³³ En esencia, en ese CONSIDERANDO se expresó: "También se entiende de desestimación la invocada carencia de motivación. Ello es así por cuanto los motivos de los actos encausados emergen claramente no sólo del texto de éstos, sino también de sus antecedentes.- Obsérvese que en los Antecedentes Administrativos allegados a este proceso lucen agregados las fojas de servicio y los

reunía las condiciones para considerarse tal. En efecto, en esencia, la motivación en cuestión era por reenvío, se remitía a una documentación del expediente que no efectuaba la menor justificación.

Probablemente este error se produjo por no haber tenido en cuenta el Tribunal de lo Contencioso Administrativo que la motivación, más que una explicación, es una justificación.

Nuestro Tribunal que, justo es decirlo, ha sido pionero en el tema, debe comprender que sin justificación no hay motivación válida.

4. MOTIVACIÓN, NATURALEZA HUMANA Y ESTADO DE DERECHO

Cuando en su momento afirmé que el deber de motivar era un principio general de derecho lo hice por entender que deriva de la naturaleza humana y del Estado de Derecho.³⁴

Sostuve que todo ser humano tiene derecho a conocer las razones en virtud de las cuales se dictan actos jurídicos que se le aplican y tiene derecho a impugnarlos en caso de que les causen agravio.

El primero de esos derechos responde a la naturaleza específica de ser racional del hombre y el segundo a su naturaleza de ser sustancial.³⁵ La motivación se impone, precisamente para asegurar el derecho a conocer la verdad y a ejercer adecuadamente el derecho de defensa.

Sostuve asimismo que deriva del Estado de Derecho porque el Estado de Derecho supone, entre otras cosas el control jurisdiccional de los actos administrativos. Este control no es posible si el juez administrativo no puede controlar las razones en virtud de las cuales se dicta un acto administrativo por no estar adecuadamente motivado.³⁶

Por esas razones sostuve que la obligación de motivar era un principio general

antecedentes funcionales de cada uno de los funcionarios designados.

Más aún: no cabe duda que las voliciones enjuiciadas encuentran su fundamento en las disposiciones contenidas en los arts. 1º y 2º del Decreto Nro. 211/2008.

No debiéndose perder de vista, por otra parte, que en definitiva, las resoluciones procesadas no hacen más que ASIGNAR EN FORMA INTERINA las tareas respectivas a los funcionarios designados.” Se discrepa con la posición del Tribunal ya que las normas indicadas son atributivas de competencia y confieren potestad discrecional, lo que exige que se justifique el correcto ejercicio de la discrecionalidad, cosa que no se hizo. Los antecedentes administrativos a que alude son las fojas de servicio de los funcionarios y las actas. Pero no se hace un análisis comparativo de esos antecedentes funcionales y las actas son meras afirmaciones sin la menor justificación. En suma, el error del Tribunal radicó, en la especie, en no tener en cuenta que justamente en la actividad discrecional, es cuando más hay que justificar las decisiones.

³⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho* ..., pp. 68 y ss.

³⁵ SAMPAY, A.E., La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo. Editorial Medina. Montevideo, 1957, p. 27; DURÁN MARTÍNEZ, “La obligación de motivar...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho* ..., p. 68.

³⁶ DURÁN MARTÍNEZ, “La obligación de motivar...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho* ..., p. 69.

de derecho supraconstitucional,³⁷ que se aplica aun sin texto expreso que lo recoja y que se impone hasta el propio Constituyente.³⁸

Hoy sigo pensando lo mismo, pero advierto que la más moderna doctrina vincula la motivación del acto administrativo a la buena administración; sobre todo al asentarse el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derecho, fundado en la dignidad de la persona humana.³⁹

Se ha tomado conciencia, como bien ha advertido CASSAGNE, de que “la persona humana es el centro de todos los derechos. Más aun, el fundamento y la razón de ser del derecho radica en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre.”⁴⁰

Esta concepción impacta naturalmente en la buena administración y acentúa la importancia de la motivación.

5. BUENA ADMINISTRACIÓN

Está de moda hoy hablar de la buena administración. Son muchísimos y de singular valía los trabajos producidos en los últimos años sobre la buena administración. Simplemente, a vía de ejemplo, destaco, en España, los de RODRÍGUEZ-ARANAMUÑOZ^{41 42} y, en Brasil, los de FREITAS⁴³ y de VALLE.⁴⁴

Es probable que ese interés de la literatura jurídica se haya producido a partir de que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, expedida en Niza el 7 de diciembre del año 2000, por su artículo 41 recogió el derecho a la buena administración; sobre todo a partir del Tratado de Lisboa, entrado en vigor el 1º de diciembre de 2009, en cuanto asignaba a la Carta, de Derechos Fundamentales el mismo valor que los tratados. Eso hizo decir a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, con relación a la Carta que “se reconoce su plena virtualidad jurídica, lo que se traduce en la obligatoriedad que vincula a todos los operadores jurídicos concernidos.”⁴⁵

³⁷ Los positivistas deben reconocer, al menos, que el deber de la Administración de motivar sus decisiones tiene raíz constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 72 de la Constitución.

³⁸ DURÁN MARTÍNEZ, “La obligación de motivar...”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho* ..., p. 69.

³⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al neoconstitucionalismo”, en *Estudios Jurídicos*. Universidad Católica del Uruguay. Facultad de Derecho. Montevideo, 2009, Nº 7, pp. 70 y ss.

⁴⁰ CASSAGNE, J.C., “Proyección de los principios generales al acto administrativo”, en *LA LEY*, Buenos Aires, año LXXVI, Nº 113, de 18 de junio de 2012, p. 6.

⁴¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*. Thomson. Aranzadi. Navarra, 2006.

⁴² También merece citarse la compilación efectuada por ÁVILA RODRÍGUEZ, C.A./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F., (Coordinadores) *El derecho a la buena administración y la ética pública*. Fundación General de la Universidad de Málaga/ Málaga. es diputación. defensa del ciudadano/ Tirant lo blanch. Valencia, 2011.

⁴³ FREITAS, J., *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª edição, refundida e ampliada. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, pp. 30 y ss.

⁴⁴ VALLE, V.R.L. DO. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2011.

⁴⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “De los derechos humanos al derecho a una buena administración”, en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coordinadores) *El derecho a una buena ...*, p. 43

Pero en realidad esto no es una simple moda, ni siquiera algo nuevo.

Yolanda GARCÍA CALVENTE, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga, al referirse al artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoció el derecho a la buena administración expresó: “Sin embargo, lo cierto es que dicho reconocimiento no supuso el nacimiento de un nuevo fenómeno, sino la inclusión bajo un nombre relativamente novedoso de una serie de derechos y principios por los que la Administración debía guiarse hace tiempo.”⁴⁶

Lo indicado por la Decana de Málaga es correcto, aunque debe también reconocerse que tampoco el nombre es novedoso. En efecto, ya nuestra Constitución desde 1952 alude a la buena administración (art. 311) y aun mucho antes la buena administración llamó la atención de HAURIOU, ya que ello es la esencia de su concepción de la Administración como institución.⁴⁷

Sin perjuicio de esos remotos pero valiosísimos antecedentes, cabe reconocer que fue a partir de la Carta de Niza que se despertó un particular interés sobre la buena administración. Y la noción de buena administración evolucionó desde una perspectiva de deber a, además, una de derecho, de manera que hoy podemos afirmar sin vacilación que la buena administración es, un deber, un derecho y un principio.⁴⁸

La buena administración significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.⁴⁹

El citado artículo 41 de la Carta de Niza, al fijar el contenido de la noción de buena administración incluye, entre otras, “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.”

Me parece acertadísima la inclusión de este punto en este artículo 41.

Esta obligación de motivar es una de las obligaciones correlativas del derecho a la buena administración, ha sido considerada por RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, el más importante de los derechos incluidos en el derecho a la buena administración.⁵⁰

En tal sentido RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ expresó:

“Me parece un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto. Sobre

⁴⁶ GARCÍA CALVENTE, Y., Prólogo en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coordinadores) *El derecho a una buena ...*, p. 13

⁴⁷ HAURIOU, M. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921, p. 14.

⁴⁸ DURÁN MARTÍNEZ, A., “La buena administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. 2010, Nº 1, pp. 186 y ss.

⁴⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A., “La buena...”, loc. cit., p. 189.

⁵⁰ RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo”, en ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coordinadores) *El derecho a una buena ...*, p. 103.

todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.”⁵¹

Lo acertado del pensamiento de RODRÍGUEZ-ARANA radica entre otras cosas, en que vincula nuestro tema a la democracia. La justificación de las decisiones hace a la democracia.

En la cultura imperante, por lo menos en el mundo civilizado, la buena administración se relaciona con la gobernanza, es decir, con un modelo de administración más participativo, lo que implica una democratización de la función administrativa⁵², y esto exige una Administración que dialoga.⁵³ Y una Administración que dialoga presupone una Administración que justifica sus decisiones.

Esta concepción deriva del carácter misional de la Administración que se desprende claramente del artículo 2 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, en cuanto expresa que la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales, recogiendo la magnífica fórmula de la Constitución española proveniente de la exquisita pluma de José Luis MEILÁN GIL.⁵⁴

Esta fórmula presupone que los conceptos *interés público* e *interés general* no son equivalentes, y que intereses públicos están subordinados al interés general y, en definitiva, al bien común.⁵⁵

Como el bien común es el estado de hecho necesario para el desarrollo de la persona humana, se desprende que los derechos fundamentales son el núcleo indiscutible de los intereses generales.⁵⁶

Ese interés general debe apreciarse en cada caso concreto.⁵⁷ De ahí que las decisiones administrativas deban justificarse, lo que se efectúa con la motivación.⁵⁸

⁵¹ RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El derecho fundamental a la buena ...”, loc.,cit. p. 103.

⁵² VALLE, V.R.L. DO. *Direito fundamental à boa ...*, pp. 53 y ss.

⁵³ VALLE, V.R.L. DO. *Direito fundamental à boa ...*, pp. 144 y ss.

⁵⁴ MEILÁN GIL, J.L., “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”, en BACELLAR FILHO, Romeu Felipe/ WUNDER HACHEM, Daniel (Coordinadores). *Direito Administrativo e interesse público*. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2010, pp. 71 y ss.

⁵⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., “Derechos prestacionales e interés público”, en BACELLAR FILHO, Romeu Felipe/ WUNDER HACHEM, Daniel, (Coordinadores). *Direito Administrativo e interesse ...*, pp. 147 y ss.

⁵⁶ MEILÁN GIL, J.L., “Intereses generales ...”, loc. cit., pp. 72 y ss.

⁵⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Interés general, Derecho...*, p. 40.

⁵⁸ RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Interés general, Derecho...*, pp. 40 y ss. y 182 y ss.

Al llegar aquí justo es recordar que REAL se anticipó a estos desarrollos contemporáneos. En efecto, en 1979 escribió: “La fundamentación obligatoria es prenda de buena administración a la vez que garantía democrática de los administrados.”⁵⁹

En suma la motivación es una exigencia de buena administración para una efectiva vigencia de un Estado Constitucional de Derecho necesario para el pleno desarrollo de la persona humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007.

ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. PALESTRA. Lima, 2006.

ÁVILA RODRÍGUEZ, C.A./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F., (Coordinadores) *El derecho a la buena administración y la ética pública*. Fundación General de la Universidad de Málaga/ Málaga. es diputación. defensa del ciudadano/ Tirant lo blanch. Valencia, 2011.

CASSAGNE, J.C., *Derecho Administrativo*, octava edición actualizada, t. II. Lexis Nexis. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2006.

CASSAGNE, J.C., *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Marcial Pons. Buenos Aires, 2009.

CASSAGNE, J.C., “Proyección de los principios generales al acto administrativo”, en *LA LEY*, Buenos Aires, año LXXVI, Nº 113, de 18 de junio de 2012.

CASSINELLI MUÑOZ, H., La carga de expresar los motivos del acto administrativo impugnado, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 67, año 1969.

DELPIAZZO, C.E., *Derecho Administrativo Uruguayo*. Editorial Porrúa. México-Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2005.

DURÁN MARTÍNEZ, A., “La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo”, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, Nº 2. Acali Editorial. Montevideo, 1978. También publicada en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo. Parte General*. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Universidad Católica del Uruguay. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. II, Universidad Católica del Uruguay. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. III. Montevideo, 2003.

DURÁN MARTÍNEZ, A., “En torno al neoconstitucionalismo”, en *Estudios Jurídicos*, Nº 7. Universidad Católica del Uruguay. Facultad de Derecho. Montevideo, 2009.

⁵⁹ REAL, A.R., “La fundamentación ...”, loc. cit., S.D., p. 12.

DURÁN MARTÍNEZ, A., “Derechos prestacionales e interés público”, en *BACELLAR FILHO, Romeu Felipe/ WUNDER HACHEM, Daniel, (Coordinadores). Direito Administrativo e interesse público*. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A., “La buena administración”, en *Estudios de Derecho Administrativo*, LA LEY, Uruguay, Nº 1, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A., *Casos de Derecho Administrativo*, vol. VI. Montevideo, 2010.

FREITAS, J., *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª edição, refundida e ampliada. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.

FRUGONE SCHIAVONE, H., “Principios del procedimiento administrativo”, en VV.AA. *El nuevo procedimiento administrativo*, 5ª edición Secretaría de la Presidencia de la República. Programa Nacional de Desburocratización. Montevideo, 1991.

GARCÍA CALVENTE, Y., Prólogo en *ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coordinadores) El derecho a una buena administración y la ética pública*. Fundación General de la Universidad de Málaga/ Málaga. es diputación. defensa del ciudadano/ Tirant lo blanch. Valencia, 2011.

GASCÓN ABELLÁN, M., *La interpretación constitucional. Consejo Nacional de la Judicatura*. Cooperación Española. San Salvador, 2004.

HAURIOU, M. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921.

LA LEY Uruguay. Año V, Nº 2, febrero 2012, pp. 220 y ss.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., “De los derechos humanos al derecho a una buena administración”, en *ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coordinadores) El derecho a una buena administración y la ética pública*. Fundación General de la Universidad de Málaga/ Málaga. es diputación. defensa del ciudadano/ Tirant lo blanch. Valencia, 2011.

MEILÁN GIL, J.L., “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”, en *BACELLAR FILHO, Romeu Felipe/ WUNDER HACHEM, Daniel (Coordinadores). Direito Administrativo e interesse público*. Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2010.

ODENT, R., *Contentieux Administratif*. Université de Paris-Institut d' Études Politiques. Les Cours de Droit, fascicule V. Paris, 1970-1971.

REAL, A.R., “La fundamentación del acto administrativo”, en *La Justicia Uruguaya*, t. 80, S.D. 1979-1980.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*. Thomson. Aranzadi. Navarra, 2006.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el derecho administrativo”, en *ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M./ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coordinadores) El derecho a una buena administración y la ética pública*. Fundación General de la Universidad de Málaga/ Málaga. es diputación. defensa del ciudadano/ Tirant lo blanch. Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*. SYNTAGMA/IUSTEL. Madrid, 2012.

RUOCCO, G., "El principio del 'debido proceso' en vía administrativa", en prensa.

SAMPAY, A.E., La declaración de inconstitucionalidad en el derecho uruguayo. Editorial Medina. Montevideo, 1957.

SAYAGUÉS LASO, E., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I. Montevideo, 1953.

TAWIL, G.S./ MONTI, L.M., *La motivación del acto administrativo*. Depalma. Buenos Aires, 1998.

VALLE, V.R.L. DO. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2011.

Recebido em 03.04.2013

Aprovado em 27.04.2013